

FUNDAMENTOS DA EXISTÊNCIA E VALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL

FOUNDATIONS ON THE EXISTANCE AND VALIDITY OF INTERNATIONAL LAW

LEONARDO NEMER CALDEIRA BRANT*

RESUMO

O presente artigo trata da existência do direito internacional enquanto ordem normativa. A relevância do tema discutido reside no fato de tal condição ser frequentemente questionada por ser analisada nos moldes do direito interno. Este trabalho demonstra que a inexistência de um poder legislativo central e a multiplicidade de fontes não desconfiguram o caráter normativo do Direito Internacional. Igualmente, a descentralização e a anarquia do sistema, decorrentes da noção de soberania estatal não excluem a existência do poder sancionatório no nível internacional. Isto se dá, primeiramente, devido ao fato de que a sanção é condição de eficácia, e não de validade normativa como pretendem as correntes que atacam a normatividade do direito internacional a partir do argumento kelseniano. Em segundo lugar, em decorrência da fragmentação do modelo coercitivo internacional, a sanção se adapta a cada campo temático internacional com instrumentos peculiares de forma a garantir seu cumprimento, utilizando-se eventualmente, do mecanismo do monitoramento. É de se

ABSTRACT

This article deals with the existence of International Law as a normative order. The relevance of the topic lays on the fact that those who analyze it based on patterns of domestic order often question this condition. This work demonstrates that the absence of a central legislative power and the multiplicity of sources do not undermine the normative character of International Law. Thus, the decentralization and anarchy of the system, which are consequences of the state sovereignty, do not exclude the existence of international sanctioning power. This occurs, primarily due to the fact that sanction is a condition of effectiveness, not a condition of normative validity, as claimed by those who attack the normativity of international law based on Kelsen's argument. Secondly, due to the fragmentation of the international coercive model, sanction adapts itself to fit every particular field of International Law. Therefore it ensures compliance by using specific instruments, like monitoring. It should also be highlighted that Brazilian Federal Constitution historically reiterated respect for

* Doutor em Direito Internacional pela *Université Paris X*. Tese laureada com o *Prix du Ministère de la Recherche*. Professor de direito internacional da Faculdade de Direito da UFMG e da PUC-Minas. Ex Jurista Adjunto da Corte Internacional de Justiça da Haia. Professor convidado do *Institut des Hautes Études Internationales de la Université Panthéon-Assas Paris* e da *Université Caen Basse-Normandie*, França. *Visiting Fellow do Lauterpacht Centre of International Law, Cambridge University*, Diretor Presidente do Centro de Direito Internacional – CEDIN. Membro sênior do escritório Nemer Caldeira Brant Advogados.
E-mail: leonardo@cedin.com.br.

ressaltar que a Constituição Federal brasileira reforça expressamente o respeito ao direito internacional, numa posição historicamente reiterada, semelhante à de diversos estados, como mostra o direito constitucional comparado. O direito internacional é também comprovado pela via convencional, pois viabiliza o funcionamento das relações internacionais e está previsto na Carta das Nações Unidas. Finalmente, o artigo prova o mesmo reconhecimento através da via jurisdicional, com base na definitividade e obrigatoriedade da sentença internacional. O presente trabalho reúne justificativas suficientes para comprovarem a existência do caráter normativo do direito internacional, instrumento de manutenção da coexistência pacífica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional. Ordem Normativa. Sanção.

International Law, like other Constitutions worldwide, as shown by the comparative study of constitutional law. International Law is also verified by conventional via, since it is proven to enable the operation of international relations and the UN Charter holds it. Finally, this paper proves recognition of International Law by the courts, based on the ultimate and mandatory aspects of international sentencing. This work gathers sufficient justifications to prove the existence of the normative character of International Law, the instrument that most efficiently maintains peaceful coexistence.

KEYWORDS: *International Law. Normative order. Sanction.*

INTRODUÇÃO

A força normativa do direito está impressa na sua própria construção e no seu desenvolvimento particular. Isto significa que não há que se negar a existência do direito internacional ou considerá-lo como primitivo ou arcaico unicamente por este não responder aos mesmos fundamentos que regem o direito constitucional e doméstico. Ele é apenas uma ordem normativa diferente governada por uma lógica própria e destinada a um grupo social com especificidades que lhe são particulares.

Na qualidade de sistema normativo autônomo aplicado à sociedade internacional, cuja formação é dotada de particularidades ínsitas, não compromete a normatividade do direito internacional. Neste sentido, há que se observar que a pluralidade de fontes do direito internacional, bem como a ausência de hierarquia entre as mesmas garante que o direito internacional, ainda que criado de modo especial, mantenha seu caráter coercitivo.

Em seguida, o estudo detalhado das especificidades de sua natureza coercitiva à luz dos princípios fundadores do direito

internacional provará que aquelas não afetam a sua índole normativa. De fato, a força vinculante do direito internacional é perfeitamente assegurada e reconhecida ao longo de sua aplicação e funcionamento, conforme se pode demonstrar – e de fato se fará – pela simples observação da realidade e pela constatação evidente da sua autoridade. Neste sentido, a existência do direito internacional se comprova não só pela observação de sua instituição histórica, mas também, e amplamente, por sua aceitação convencional na contemporaneidade e pela instituição efetiva de uma jurisdição internacional.

Os esforços, portanto, para evidenciar a existência do direito internacional, e mais além, sua normatividade e sua função essencial na manutenção da convivência pacífica a um ponto indiscutível, que fornecem escopo ao presente trabalho, se apresentam a seguir.

1 O PROCESSO DESCENTRALIZADO DE FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NÃO AMEAÇA SUA EXISTÊNCIA OU NATUREZA NORMATIVA

A inexistência de um poder legislativo central é um dos pilares da especificidade do sistema internacional. Ele está na base da ideia de que a sociedade internacional é formada essencialmente por soberanias concorrentes com pretensões ao exercício de suas capacidades para a preservação de seus interesses. A igualdade soberana e a descentralização social dos sujeitos que compõem a sociedade internacional têm, portanto como consequência a não subordinação dos Estados a uma ordem institucional a eles superior e deles não decorrente. Tal fato não significa, contudo que a ordem internacional não seja dotada de um sistema normativo. Não há relação absoluta entre a concepção de legislador e a aparição do direito. A existência do direito não é dependente de uma superestrutura institucionalizada. O direito pode ser originado de formas

variadas e sua existência é dependente do reconhecimento de sua aplicação por um determinado grupo social.

A consequência de tal modelo reside no fato de que, diferentemente do direito interno, o processo de formação do direito internacional é descentralizado e suas fontes são múltiplas e variáveis. Na ordem internacional, o poder de produzir direito está em larga medida difuso no conjunto do corpo social.¹ Isto não significa em absoluto que ele seja arcaico inexistente ou primitivo. Ele segue unicamente um processo de elaboração diverso do processo legislativo próprio ao direito interno. A lacuna institucional decorrente da inexistência de um poder legislativo central deu origem a um regime de produção normativa no qual o Estado, em grande medida, principal ator internacional visando garantir sua coexistência e colaboração com seus pares seria o autor da norma e dirigiria esta, essencialmente a si próprio. Não há nada de excepcional neste fato, já que no campo do direito dos contratos o mesmo fenômeno pode ser observado. A norma é, assim, oriunda de um processo formal de elaboração e o resultado de um interesse concordante dos Estados manifestado, em forte medida, no processo convencional. Tal modelo pode ser completado pelos procedimentos espontâneos de formação. Tem-se aqui aquilo que com muita propriedade G. Scelle chamou de desdobramento funcional. Por fim verifica-se que, ainda que de forma incompleta, o direito internacional passa a acomodar sistemas, como o das Nações Unidas, que gozam de capacidade concentrada de produção legislativa.

Tal diversidade e descentralização não significam, contudo que a sociedade internacional se fundamenta numa relação de forças na qual a soberania ilimitada garante o livre recurso à guerra e a imposição absoluta da vontade do mais forte. Da inexistência de um poder legislativo central com competência

1 Alain Pellet, 'Le Droit international à l'aube du XXI e siècle (La société internationale contemporaine – permanence et tendance nouvelle)' *Cursos Euromediterraneos, Bancaja de Derecho Internacional, Madrid, vol. I, pp. 49-63*

geral e universal não decorre um estado de natureza pura onde a violência seja uma característica normal. Os tratados internacionais não são por princípio normas de natureza mais frágeis que qualquer outra forma de legislação. O cumprimento de uma norma internacional não é apenas decorrente de uma submissão aos preceitos normativos, mas de seu convencimento de que ela é parte de um contexto social que informa a percepção tanto da sociedade quanto de si mesmo². Assim, a crítica normalmente atribuída ao direito internacional, de que ele não é capaz de evitar, de forma efetiva, o uso da força nas relações internacionais e de que por esta razão não seria eficaz, por si só não procede. O próprio direito interno, neste caso, funciona com base na mesma lógica, na medida em que ele também não é capaz de prevenir definitivamente o uso da violência em seus domínios³.

A noção de soberania que está na base da estrutura descentralizada da sociedade internacional não é alheia ao reconhecimento e aplicação do direito. Este é mesmo seu corolário na medida em que é o direito internacional que garante o seu exercício. A soberania é um princípio limitado e fundado no direito. Isto significa que a capacidade soberana de produzir norma decorre do direito e se os Estados podem se desvincular de uma obrigação normativa, qualquer membro de uma sociedade interna também pode fazê-lo. O descumprimento do direito não significa sua inexistência, mas ao contrario, a responsabilidade decorrente prova sua existência. De fato, a responsabilidade pela não observância normativa recai tanto na ordem jurídica interna quanto na internacional. Se medidas coercitivas face ao ilícito são eficazes ou não este é um problema distinto que deriva não da existência da norma, mas da sua efetividade.

2 F. V. Kratochwil, *Rules, norms and decisions*, 1989, p. 97.

3 F. V. Kratochwil, *The puzzles of politics: inquiries into the genesis and transformation of international relations*, 2010, pp.86-87.

2 AS ESPECIFICIDADES DO SISTEMA DE SANÇÃO E COERÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL NÃO INVALIDAM A SUA VALIDADE E NATUREZA NORMATIVA

O direito não é, certamente, o único conjunto normativo capaz de regulamentar um determinado comportamento. As normas morais e éticas, por exemplo, gênero do qual o direito é apenas uma espécie, prescrevem igualmente atitudes desejáveis e podem ser de natureza política, profissional, familiar, religiosa, ou mesmo de cunho social. Esta pluralidade de concepções normativas levanta, portanto, de imediato a questão preliminar de saber qual seria o elemento distintivo de uma norma considerada jurídica. A pergunta não é anódina. Kelsen⁴ e mesmo Guggenheim⁵ chegaram a conceituar ordem jurídica vinculando-a necessariamente a uma ordem de coerção. Para estes autores, as normas jurídicas se diferenciam das simples regras de conduta, de cortesia, de prudência, de obrigações morais ou de todas as outras normas sociais em razão de sua força obrigatória e por serem dotadas de uma sanção socialmente organizada e suscetível de ser aplicada pela força.

Tal constatação levanta uma questão relevante. Pode-se de fato identificar a exigência de seu cumprimento por intermédio de sanção ou coerção como qualidade constitutiva de uma norma jurídica? Pode-se de fato sustentar que o que distingue a norma jurídica é que ela é a única cujo cumprimento é garantido pela força coercitiva de autoridade devidamente investida de tal função⁶? O problema toma então outra dimensão. Afinal, se o direito se fundamenta no elemento coercitivo organizado como justificar a validade e existência do direito internacional

4 H. Kelsen, *Teoria pura do direito*, 1962, pp. 46-55.

5 Guggenheim, *Traité de droit international public*, 1 ed, t. 1, p. 2.

6 M. Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 2004, pp. 50-53.

diante da inexistência de um poder de polícia universal gozando do monopólio do uso da força, ou seja, com poderes análogos àqueles concedidos ao Estado no plano doméstico⁷? E mais. Como validar o direito internacional face ao tradicional regime de força que move as relações internacionais?

A resposta, portanto é evidentemente negativa. A qualidade jurídica normativa é atribuída de acordo com a natureza material (conteúdo) e formal (processo de elaboração) da norma e não em razão dos elementos de coerção e sanção. A existência e validade do direito internacional ainda que estruturada em uma sociedade nitidamente anárquica e descentralizada, independe da existência de uma autoridade com poder coercitivo e sancionatório geral. A sanção é puramente um elemento de eficácia da norma e não de constituição de sua validade. Ademais, diferentemente do que ocasionalmente se imagina o direito internacional se diferencia das demais formas de regulação do comportamento não por excluir a sanção coercitiva de seu modo operatório, mas por integrá-la de forma distinta daquela que conhecemos no direito interno. De fato, a sanção coercitiva é profundamente presente na realidade internacional, ela, todavia, apenas se apresenta de forma diversa daquela própria a realidade doméstica onde uma autoridade central goza do monopólio do poder de polícia e do uso da força.

2.1 A SANÇÃO SE VINCULA A EFICÁCIA E NÃO A EXISTÊNCIA DA NORMA

Hanna Arendt definiu o conceito de autoridade como a capacidade de se obter a obediência sem que seja necessário o recurso à coerção por meio da força. O conceito é profundamente interessante e ela conclui que se o uso da força se faz indispensável é porque a autoridade de fato não existe. Traduzindo juridicamente

7 J.D.G. Campos, Curso Derecho Internacional Publico, 1998, pp.64-66.

tal argumento conclui-se que a autoridade do direito não reside na sanção coercitiva, mas no reconhecimento do destinatário da força obrigacional de determinada regra de conduta⁸. A validade da norma não tem, portanto relação alguma com um poder coativo que a impõe. Não se deve assim condicionar a existência da norma ao regime de sanções existentes no sistema normativo. Existência e eficácia são duas dimensões distintas⁹. Enquanto a primeira é o resultado da formação da norma, a segunda age no universo da eficácia normativa, ou seja, na transformação da norma em realidade social e política¹⁰. Confundi-las seria incorrer na contradição de por um lado exigir a existência de um elemento coercitivo como fundamento da norma e por outro restringir, como é o caso do direito internacional, à utilização da força nas relações internacionais¹¹. Tal ambiguidade levaria indelevelmente ao colapso do sistema normativo e à sua consequente autonegação¹².

De fato, ao se analisar as dimensões de eficácia e efetividade, percebe-se que seus efeitos são verdadeiramente estranhos ao seu procedimento de formulação; e não se pode estabelecer relação de condicionalidade ou causalidade entre o cumprimento da norma e seu fundamento de validade¹³. Vejamos um exemplo simples que pretende demonstrar a inexistência de correlação necessária entre a validade da norma e a sanção. Diante de um sinal de trânsito vermelho o condutor deve

8 P. Allott, *The Concept of International Law*, 2000.

9 D. Lage, *O Movimento de Expansão Não Uniforme e a Tensão entre Unidade e Fragmentação do Direito Internacional*, 2007.

10 A. Pellet, *The normative dilemma: Will and consent in International law-making*, 1992.

11 Artigos. 1(1); 2(3); 2(4); e 2(6) da Carta da ONU.

12 M. Shaaw. *International Law*, 2003, p.5.

13 I. Scobbie, *Some common heresies about International Law: sundry theoretical perspectives*, 2003, p.64-65.

evidentemente parar o veículo (a norma existe). O motorista pode executar ou não a obrigação normativa, mas em nenhum dos dois casos ele deixará de reconhecê-la ou de estar a ela submetido. Portanto se permanecer parado ou, se por razões de urgência, o motorista decida ultrapassar o sinal vermelho esta é uma avaliação do custo e do benefício de cumprir ou não com a obrigação normativa. A inclusão de um radar de trânsito para verificar a falta, comprová-la e impor uma sanção sob a forma de multa pode agir de forma a modificar um comportamento que supostamente poderia ser contrário ao mandamento contido na obrigação normativa. Contudo esta sanção coercitiva não delega validade à norma 'pare' oriunda do sinal vermelho. Ela simplesmente pode conduzir o destinatário a um comportamento determinado. Ela age como instrumento de eficácia normativa e não como mecanismo de reconhecimento de validade da norma. Em outras palavras, após a produção da norma, seu alcance não se mostra dependente da realização da conduta prevista no mundo dos fatos. Neste mesmo sentido, uma eventual ação contrária de um Estado não compromete a existência normativa.

Além do mais quando se analisa a tipologia e a função das obrigações jurídicas, o que se percebe é que certas normas não admitem sanções, visto que não necessitam de ação para que sejam executadas¹⁴. Tal fato pode ser observado na distinção entre normas regulatórias e normas constitutivas. A primeira pode ser definida como normas que constroem comportamentos e prescrevem ações. Seu objetivo fundamental é o de disciplinar a forma ideal de ação face uma prática regular dentro de um determinado grupo social. Um exemplo típico deste tipo de norma pode ser visto na regra que obriga o silêncio a partir de um determinado horário. Essa norma foi claramente criada para que se evitassem perturbações de sono que acabaria por gerar uma situação caótica e de inviabilidade social.

14 M. Finnemore, *Are Legal Norms Distinctive?*, 2000.

As normas constitutivas, todavia estabelecem procedimentos, criam novos atores e definem interesses ou categorias de ação. Estas têm como função a própria definição e caracterização de um determinado conjunto de práticas. As normas que orientam o jogo de xadrez são um bom exemplo. Seu objetivo é o de definir que tipo de prática pode ser realizado dentro do jogo. Sua dinâmica e funcionamento. Essas normas não foram elaboradas com a finalidade de evitar uma colisão de pedaços de madeiras movidos por pessoas em um tabuleiro. Esse tipo de prática (movimentação de peças em um tabuleiro) somente existe em função da criação das normas que definem o que é xadrez¹⁵. A eficácia e a observância das normas constitutivas são essenciais para a própria ação do sujeito, que toma a decisão com base em uma concepção de mundo (que fora por elas) pré-constituído. Sua lógica, portanto, não é de causalidade, como a que se percebe nas normas regulatórias. Dessa forma, é forçosa a conclusão de que não se pode atrelar a existência destas normas à verificação de uma sanção, na medida em que esta seria inútil. De fato, as normas constitutivas, em virtude de sua própria natureza, prescindem de mecanismo sancionatório¹⁶.

A jurisprudência internacional tem de fato reconhecido, ainda que de forma indireta, esta distinção. Com efeito, em um número expressivo de casos a execução da sentença se deu apesar da ausência de qualquer comportamento subsequente. Muito frequentemente os julgados dos tribunais internacionais rejeitam as pretensões de um Estado requerente. Por vezes, decisões puramente declaratórias constataam que uma ação levada por um

15 J. G. Ruggie, *Constructing the world polity*, 1998, pp. 22-25.

16 O mesmo argumento se aplica para a distinção feita por Hart, entre “normas primárias” e normas “secundárias”. As primeiras seriam caracterizadas por prescrever comandos diretos de conduta aos sujeitos. Normas secundárias, por sua vez, teriam como objetivo principal o estabelecimento de procedimentos pelos quais as primárias poderiam ser identificadas, modificadas e promulgadas - regras de reconhecimento (*recognition*), de mudança (*change*) e de julgamento (*adjudication*), respectivamente. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1994.

Estado ou a atitude adotada por ele foi (ou não foi) conforme o direito internacional. Em todos estes casos não há o que sancionar porque não há o que implementar. Assim, no caso do *Estreito de Corfu*, a Corte decidiu que houve “violação, pela ação da marinha de guerra britânica, da soberania da Albânia¹⁷”. Esta era uma sentença, embora nenhuma medida de execução tenha sido necessária. No caso relativo aos *Direitos dos Nacionais dos Estados Unidos da América no Marrocos*¹⁸, a Corte decidiu que os compatriotas americanos não eram isentos de certos impostos. Esta era uma decisão definitiva que não pedia nenhuma medida de execução, apenas uma aquiescência, a qual é igualmente requerida para as sentenças afirmando a sua competência. Tal situação pode igualmente ser verificada na decisão da Corte no caso do *Camarão Septentrional*. Apesar de definitiva, não pedia nenhuma medida de execução, fora o consentimento¹⁹.

2.2 A EXISTÊNCIA DE UM SISTEMA COERCITIVO INTERNACIONAL

Estas características do direito internacional conduzem, portanto a outra particularidade. Argumentar que a sanção se vincula unicamente a eficácia da norma não significa dizer que o direito internacional desconhece toda forma de sanção coercitiva. A sanção esta presente no direito internacional e pode inclusive assumir feições das mais variadas²⁰ respondendo as necessidades da matéria regulamentada²¹. Isto significa que a arquitetura coercitiva internacional é mutável, pois adaptada as características elementares de cada uma das áreas temáticas

17 C.I.J., Rec. 1949, p. 35.

18 C.I.J., Rec. 1952, p.213

19 C.I.J., Rec. 1963, p. 38.

20 L. F. Damrosch, *Enforcing international law through non-forcible measures*, 1997;

21 D. W. Drezner, *Bargaining, Enforcement, and Multilateral Sanctions: When is Cooperation Counterproductive?*, 2000.

internacionais. Temos, portanto um sistema coercitivo próprio ao direito do comércio internacional, outro adaptado ao direito internacional penal, ao direito internacional do meio ambiente, a proteção internacional dos direitos humanos e assim por diante. Dito de outra forma, o modelo coercitivo no direito Internacional é basicamente fragmentado, pois prevê instrumentos peculiares de garantia de seu cumprimento adaptados aos desafios e particularidades de cada um de seus campos de atuação.

A compreensão dessa dinâmica deve ser feita à luz de três dimensões: uma formal, que envolve a legitimidade de uma ação coercitiva pela qual os sujeitos são influenciados por uma concepção compartilhada pelos membros da sociedade internacional acerca da necessidade de utilização do direito como mecanismo de consagração de interesses coletivos. Neste caso a coerção pode vir a ser centralizada e concentrada (1). Na dimensão material, contudo a coerção é distribuída entre os membros da coletividade internacional. A ação coercitiva é, portanto fragmentada e inter-partes (2)²². Por fim a coerção pode se manifestar a partir da observação da atuação dos Estados e do monitoramento de seu comportamento (3).

2.2.1 A EXISTÊNCIA DE UM SISTEMA COERCITIVO CONCENTRADO

A distinção entre os dois modelos baseia-se na concepção de que em matéria de manutenção da paz o padrão coercitivo internacional inclui certas particularidades próprias a criação de um sistema coerente, centralizado e formal de segurança coletiva. A base de tal princípio está contida na interdição do recurso a força nas relações internacionais conforme prevista nos artigos 2.3 e 2.4 da Carta das Nações Unidas e reforçada pela resolução AG 42/28 de novembro de 1987. Tal norma visa assegurar que

22 W. H. Kaempfer, A. D. Lowenberg, *Unilateral Versus Multilateral International Sanctions: A Public Choice Perspective*, 1999.

os Estados sejam privados de seus poderes de constrangimento unilateral. Deste modo, cria-se um sistema concentrado que proíbe de forma ampla e centralizada universal a ameaça ou emprego da força de uma maneira incompatível com o objetivo das Nações Unidas.

Tal controle é institucionalizado ficando a cargo do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Este deve constatar uma ameaça ou ruptura da paz. Essa responsabilidade se exerce a partir de uma série de tomadas de posições e é discricionária. Este pode inicialmente se contentar com medidas de pressão econômica ou políticas tais como a interrupção de relações econômicas, marítimas postais ou mesmo a ruptura de relações diplomáticas. Entretanto, nos termos do artigo 42 da Carta, se o Conselho de Segurança estimar que as medidas coercitivas não armadas são inadequadas, ele pode adotar medidas de constrangimento militar utilizando por meio de forças aéreas, navais ou terrestres toda ação que ele julgue necessário para a manutenção ou restabelecimento da paz e da segurança internacional. O artigo 48 da Carta das Nações Unidas prevê ainda a possibilidade para o Conselho de Segurança de designar os Estados membros aos quais será solicitada a participação na execução de suas decisões. Tal medida pôde ser observada, por exemplo, no âmbito da resolução 670 de 1990, relativa à primeira guerra do Iraque.

De fato, a única exceção a tal controle concentrado do uso da força pode ser observada na aplicação do princípio da legítima defesa conforme previsto pelo artigo 51 da Carta das Nações Unidas. Tal medida estabelece a possibilidade do uso da força de forma individual ou coletiva, mas, conforme estabelecido pela C.I.J. no caso entre a Nicarágua e Estados Unidos da América, limita sua ação a uma resposta proporcional a uma agressão armada²³. Por fim observa-se que a própria legítima defesa se

23 C.I.J. Rec. 1986, p. 94.

integra dentro do modelo concentrado na medida em que sua legalidade é subsidiária e provisória devendo ser controlada pela atuação do Conselho de Segurança.

2.2.2 A EXISTÊNCIA DE UM SISTEMA COERCITIVO FRAGMENTADO

O sistema de constrangimento internacional pode ter ainda uma dimensão material e prever um modelo coercitivo fragmentado entre os membros da sociedade internacional, portanto externo as hipóteses previstas pela Carta das Nações Unidas.

Neste sentido pode-se fazer referência inicialmente tanto as intervenções militares quanto as represálias armadas. Ambas são de natureza controversa consistindo a primeira basicamente em uma ação militar de ingerência consentida, solicitada ou imposta e a segunda em atos de constrangimento militar contrários ao direito internacional e estabelecido para responder a um comportamento, de outro Estado, igualmente contrário ao Direito internacional. Em ambos os casos a legalidade de tais ações depende da demonstração da correspondência de tais atos com as exceções previstas para a interdição do uso da força nas relações internacionais. Deste modo, as intervenções devem ser geralmente autorizadas pelo Conselho de segurança, ao passo que as represálias armadas fundam sua legalidade no recurso ao princípio da legítima defesa.

Mas o DIP reconhece igualmente o recurso a medidas de constrangimento não militares como a retorsão e a represália. A retorsão é de fato um dos atos de constrangimento que não comporta o uso da força armada e é lícito *vis à vis* do Direito internacional. Tal característica os distingue das represálias e das contra medidas. Evidentemente a intensidade da retorsão deve ser proporcional ao dano e esta não pode estar em desacordo com as regras de *jus cogens*, sendo interdito o abuso de direito.

Contudo, a retorsão pode tomar formas muito variadas que vai desde a suspensão ou redução de ajuda pública, a aplicação de embargos comerciais, a expulsão de diplomatas ou cidadãos estrangeiros, até mesmo a recusa de participação em certas atividades esportivas ou de cooperação em geral.

A represália pelo contrario pode ser armada ou não. Ela se exerce por meios que, em outras circunstâncias, seriam ilícitos. A represália parte do princípio que cada Estado deve apreciar individualmente a sua situação jurídica com relação aos outros Estados. Assim, se este vier a identificar uma situação cuja violação de uma obrigação internacional tenha ocorrido por meio da ação de outro Estado, ele teria o direito, reservado os princípios relativos ao uso da força, de fazer respeitar seu direito por meio de contra medidas. Neste caso tais contra medidas poderiam ser, na origem, ilícitas. A ilicitude da contra medida seria superada pela ilicitude do outro. Vários são os exemplos possíveis, mas basta observar que o artigo 60 da Convenção de Viena relativa ao direito dos tratados legitima expressamente a suspensão total ou parcial da aplicação de um tratado multilateral por outras partes – sob a reserva dos engagements de caráter humanitário- como resposta a uma violação substancial deste tratado por uma das partes. De fato as represálias podem igualmente assumir formas variadas tratando-se de suspensão da aplicação de acordos, boicote a certos produtos, confisco de bens, fechamento de portos ou mesmo embargos comerciais.

2.2.3 O MONITORAMENTO DA ATUAÇÃO DOS ESTADOS E A VERIFICAÇÃO DA LEGALIDADE DE SEU COMPORTAMENTO

Os instrumentos de monitoramento, no direito internacional, agem no universo da execução normativa, mas não são propriamente sanções. Estes podem adquirir as mais variadas formas sendo efetivados pelas próprias partes, como,

por exemplo, em relação ao cumprimento das normas da OMC²⁴. Ocasionalmente o monitoramento pode ocorrer com o auxílio de um órgão independente, como pode ser observado na ação da Agência Internacional de Energia Atômica no monitoramento do desenvolvimento de tecnologia nuclear por parte dos signatários do TNP²⁵. O monitoramento da execução de uma obrigação normativa internacional pode inclusive ser o resultado de uma ação promovida por indivíduos ou organizações não governamentais como demonstra a possibilidade de reclamações individuais perante órgãos de controle da proteção de direitos humanos²⁶. Estas podem inclusive serem realizadas a partir da utilização de mecanismos domésticos²⁷ e sua efetividade depende, em grande medida, da sua capacidade de adaptação às necessidades da matéria regulamentada²⁸.

O que se pode concluir, ao observar tamanha diversidade, é que o direito internacional, apesar de não ter uma autoridade coercitiva centralizada nos moldes do direito interno com o monopólio do uso da força de natureza policial, universal e ampla se assenta, assim como o direito doméstico, na exigibilidade do cumprimento de suas obrigações, e o faz por via de instrumentos adaptáveis às demandas específicas da agenda internacional²⁹. Seus instrumentos de monitoramento e sanção não são necessariamente garantia da eficácia normativa.

24 J. Charpentier, *Le contrôle par les organisations internationales de l'exécution des obligations des états*, 1983.

25 M. I. Shaker, *The evolving international regime of nuclear non-proliferation*, 2006, pp. 43-82.

26 P. Alston, *The future of the UN Human Rights Treaty Monitoring*, (ed) J. Crawford, 2000.

27 A-M. Slaughter, W. Burke-white, *The future of International Law is domestic*, 2007.

28 D. W. Drezner, *Bargaining, Enforcement, and Multilateral Sanctions: When is Cooperation Counterproductive?*, 2000.

29 R. Wolfrum, *Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law*, 1998.

De fato, o comportamento dos atores na arena internacional é fortemente influenciado por sua concepção de mundo, e pela necessidade material de observância das “regras do jogo”. A boa fé é, portanto o elemento central para que os membros da sociedade internacional tenham condições de se identificarem e se relacionarem em um espaço cujas relações são minimamente organizadas³⁰. O anseio por reconhecimento e participação é uma razão determinante para que o sujeito de direito internacional sinta a necessidade de cumprimento dos comandos normativos, sob pena de colocar em risco não só uma norma específica, mas toda a estrutura e o funcionamento da ordem social internacional. Nesse caso, os destinatários da norma devem ser convencidos de que ela é um elemento essencial de organização de sua vida cotidiana, e que ao executá-la atendem a um interesse social de padronização e segurança de seu relacionamento.

3 A EXISTÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL DECORRE DE UMA NECESSIDADE SOCIAL E É UMA EVIDENCIA

O direito internacional constitui um meio a serviço de um fim determinado. A estabilidade jurídica dele decorrente implica em um interesse social de manutenção da coexistência pacífica considerada como interesse vital. Ele está presente na vida internacional como realidade válida e normativa. Sua existência pode ser provada pela própria evidência e pelo fato de que ele responde a um anseio social e é aplicado como tal. De fato, o direito internacional é invocado e aplicado diariamente em uma multiplicidade de atos. A comprovação de tal afirmação pode ser verificada a partir de três vertentes complementares. A primeira de natureza constitucional permite demonstrar que o

30 J. T. Checkel, *Why Comply? Constructivism, Social Norms and the Study of International Institutions*.

direito interno distingue na sua aplicação a existência e validade da ordem normativa internacional (a). A segunda de natureza convencional reflete a aceitação da autonomia do sistema normativo internacional (b). A terceira de ordem jurisdiccional confirma o reconhecimento da natureza obrigatória e definitiva das sentenças oriundas das jurisdições internacionais (c).

3.1 A EXISTÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL PODE SER COMPROVADA A PARTIR DO POSICIONAMENTO HISTÓRICO CONSTITUCIONAL

O direito internacional é constitucionalmente reconhecido como realidade concreta. Não há nada de extraordinário em tal constatação. Para que tal verificação não pareça um exercício obvio deve-se buscar observar por um lado a posição constitucional brasileira em matéria de defesa da paz, princípio fundamental do direito internacional, (1) e por outro, manifestações de reconhecimento do direito internacional no direito constitucional comparado (2).

3.1.1 A POSIÇÃO HISTÓRICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA EM MATÉRIA DE DEFESA DA PAZ

O compromisso para com a paz sempre foi princípio norteador posto pelo sistema constitucional brasileiro. De fato já na Constituição de 1824, o artigo 102, inciso IX determinava ser atribuição do Imperador, como chefe do executivo, declarar guerra e fazer a paz. Na Constituição de 1891, o artigo 34 somado ao artigo 48 dispunha sobre a competência privativa do Congresso Nacional para autorizar o governo a declarar guerra e a celebrar a paz. A Constituição de 1934 também determinava a competência do Poder Legislativo para autorizar o Presidente da República a negociar a paz, nos termos de seu artigo 40 e 56, §10. Na Constituição de 1937, há algumas inovações, como

a preocupação com a preservação e defesa da paz expressa no preâmbulo e a competência privativa da União em declarar a guerra e fazer a paz expressa em seu artigo 15. No artigo 74, dispunha sobre a competência privativa do Presidente da República em fazer a paz, sendo esta referendada pelo Poder Legislativo. Devido às especificidades do cenário político da época, encontra-se o artigo 166, tratando da defesa do Estado. A Constituição de 1946 traz uma importante inovação, que poderá ser observada na leitura do artigo 4º, que é a proibição expressa do Brasil se empenhar em guerra de conquista, além de afirmar que o Estado brasileiro só recorreria a guerra se não fosse possível a resolução pacífica de conflito. As demais disposições sobre competência eram as mesmas das Constituições anteriores. A União era competente para declarar guerra e celebrar a paz, o Congresso Nacional competente para autorizar o Presidente a declarar guerra e fazer a paz e este competente para fazer a paz. Na Constituição de 1967 a vedação à guerra de conquista é expressa no parágrafo único do artigo 7º. As demais competências continuaram as mesmas, sem nenhuma inovação, assim como na Constituição de 1969.

Na Constituição de 1988, já no Preâmbulo, que evidentemente deve ser considerado como parte formal e material integrante do texto constitucional³¹ faz-se menção à “solução pacífica das controvérsias” nas relações internacionais do país³². Tem-se aqui, portanto o reconhecimento evidente e preliminar de que tal princípio abrange não apenas as relações com Estados, mas igualmente com organismos internacionais e comunitários e

31 J. A. da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, 6ª Ed. 2009.

32 “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte”. Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil..

que este consiste em uma orientação, um compromisso jurídico e político para o legislador futuro, guiando a produção normativa vindoura, bem como o comportamento dos agentes públicos³³.

No mesmo sentido, observa-se o reconhecimento constitucional do princípio da defesa da paz como compromisso norteador do direito brasileiro. Tal fato é revelado pela inclusão do art. 4º da Constituição de 1988 que enumera os princípios ordenadores das relações internacionais e reafirma, em seus incisos VII e VIII, o compromisso brasileiro com a solução pacífica dos conflitos e com a defesa da paz³⁴.

Observa-se, contudo, que além da referência direta a paz tais princípios devem ser vistos de forma complementar. Cada alínea indicativa das regras que orientam o Brasil nas suas relações exteriores traz, neste sentido, direta, ou indiretamente um foco de atuação pacifista. Tal relação é evidente. A “independência nacional” reafirma o compromisso com a paz ao delimitar que o Estado não acatará regras que não sejam voluntariamente aceitas; A “prevalência dos direitos humanos” o faz exaltando no plano constitucional os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana; A “autodeterminação dos povos” e o princípio da “não intervenção” estão intimamente ligados a defesa da paz na medida em que retratam o direito de uma Nação de escolher seu próprio governo³⁵, e de estabelecer livremente seu status político, econômico e cultural sem que haja nenhum tipo de intervenção alheia³⁶; A “igualdade entre os Estados”, princípio

33 Araújo, Dos preâmbulos nas constituições, p. 114-115.

34 De fato, segundo o artigo 4 da CF: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.

35 Oliveiros L. Litrento, O Princípio da Autodeterminação dos Povos, p. 80.

36 Celso D. de Albuquerque Mello lembra que o princípio da não-intervenção protege

que motivou o famoso discurso de Ruy Barbosa na Conferência de paz da Haia, em 1907 significa a aceitação da paz na medida do reconhecimento dos mesmos direitos destinados aos outros membros da ordem internacional; A “defesa da paz” e da “solução pacífica dos conflitos se configura como a ausência de qualquer combate armado e consiste no reconhecimento do princípio da interdição do uso da força conforme previsto no artigo 2.3 e 2.4 da Carta das Nações Unidas; O “repúdio ao terrorismo e ao racismo” representa a paz como a rejeição a essas práticas consideradas desumanas; A “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” implica na atuação harmônica e no desenvolvimento objetivando o fim dos conflitos; Finalmente a “concessão de asilo político” que abrange tanto o *asilo diplomático* quanto o *asilo territorial*, percebe a paz como um direito fundamental do homem, consoante com o disposto no art. XIV da Declaração Universal dos Direitos do Homem³⁷.

A questão relativa à defesa da paz como princípio constitucional parece, portanto evidente e de fácil comprovação. Contudo deve-se questionar de fato qual é o papel dos princípios dentro da ordem normativa constitucional. Em outras palavras, qual a força normativa dos princípios na ordem constitucional brasileira? A pergunta não é desprovida de interesse. Considerando o sistema jurídico como uma ordem global harmônica dotada de subsistemas que complementam e densificam a ordem inicial, verifica-se que os princípios, enquanto normas desempenham a função de dar fundamento material e formal aos subprincípios e demais regras integrantes dos sistemas normativos³⁸. Especificamente, na Constituição, os princípios integram os postos mais altos da escala normativa. Eles são igualmente normas, mas servem de critérios para avaliação de

contra a dominação das grandes potências.

37 J. A. da Silva, Comentário Contextual à Constituição, 6ª Ed. 2009.

38 Ruy Samuel Espíndola. *Conceito de Princípios Constitucionais*, p. 75-76.

todos os conteúdos constitucionais. Eles inspiram a construção de regras menos gerais que tendem a complementar o padrão por eles estipulados³⁹.

Deste modo, observa-se que evidentemente, os princípios estabelecidos no art. 4º são plenamente eficazes e obrigatórios, devendo ser destacada sua função ordenadora e de critério de interpretação, a qual proporciona coerência geral ao sistema. De maneira ampla, tal artigo sistematiza a conduta brasileira nas relações exteriores, estabelecendo padrões de comportamento que denotam confiabilidade e segurança quanto à atuação externa do país. Com efeito, a paz deixa de ser apenas um conceito filosófico abstrato e passa a ter significado e dimensão jurídica. Isso representa a escolha constitucional pela “força do direito” em detrimento do “direito da força”.

A fim de se complementar a orientação consignada no artigo 4º, outros artigos da Constituição Federal reforçam o comprometimento do país para com a paz e o respeito ao direito internacional, esclarecendo as competências decorrentes de tal orientação. Neste sentido, o art. 5º, § 2º, exalta que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Isto significa que um tratado internacional pode perfeitamente complementar o rol de garantias individuais estabelecidas como instrumento de manutenção da paz.

No mesmo sentido, no artigo 49, II, é delimitado como competência exclusiva do Congresso Nacional *autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar*, matéria que é reafirmada no artigo

39 Paulo Bonavides, A Constituição aberta. Temas políticos e constitucionais da atualidade. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. 310p.

84, XX⁴⁰. Vale ressaltar, porém, que a declaração de guerra deve respeitar ao previsto no artigo 84, XIX, sendo legítimos apenas os casos em que tenha ocorrido agressão estrangeira, uma vez que o país afirma, desde suas constituições anteriores, que não se empenhará em guerra de conquista.

Tais competências de “declarar a guerra e celebrar a paz” estão previstas também no artigo 21 como competências da União, o que não contradiz o abordado pelo artigo 49 uma vez que o Presidente da República, na qualidade de chefe de Estado, é a autoridade que exerce tal competência, não obstante estar sujeito à autorização do Congresso Nacional, uma vez que se trata de atos de soberania nacional⁴¹. A autorização, em via de regra, deve ser anterior à declaração, porém excepcionalmente nos casos em que a agressão estrangeira⁴² ocorrer no período de

40 Art. 84 - Compete privativamente ao Presidente da República:

XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

41 Tal matéria foi objeto de Mandato de Segurança, MS 24085 DF em 29/10/2009 em que foram parte o Advogado-Geral Da União, o Presidente da República e o Ministro De Estado Das Relações Exteriores. De fato, tratava-se de ‘mandado de segurança, impetrado por Luiz Eduardo Greenhalgh e outros, em face de ato praticado pelo Presidente da República e pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores, que teria autorizado o funcionamento de escritório do Serviço Secreto dos Estados Unidos da América em território brasileiro. Segundo alegam os impetrantes, é da competência do Congresso Nacional o poder de autorizar a permanência ou trânsito em território nacional de forças estrangeiras, conforme determina o art. 49, inc.II, da Constituição Federal. Afirmando ser nula a autorização concedida pelas autoridades apontadas como coatoras, em razão de sua incompetência para prática do ato, bem como pelos dispositivos legais vigentes (art. 84, inc. XXII e § único, da CF; Lei Complementar nº90, de 1º de outubro de 1997). Narram que, por entenderem configurado crime de responsabilidade os atos praticados pelas autoridades impetradas, contra elas ofereceram denúncia junto à Câmara dos Deputados, nos termos da Lei nº 1.079/97. Requerem, liminarmente, suspensão dos efeitos da autorização concedida e, no mérito, a declaração de nulidade do ato’. O Presidente da República encaminhou informações elaboradas pela Advocacia-Geral da União (fls. 40/92). O Ministro de Estado das Relações Exteriores prestou informações (fls. 43/64). A liminar foi indeferida pelo então Relator, Min. SYDNEY SANCHES Brasília, 29 de outubro de 2009. Ministro CEZAR PELUSO Relator.

42 Adotado em Nova Iorque em 03 de dezembro de 1973, o conceito de agressão foi objeto da Resolução 3314 (XXIX) da Assembleia Geral das Nações Unidas na qual é definido como “o uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade

recesso parlamentar, é permitido que a declaração ocorra sem a autorização legislativa, contudo a ação permanece sujeita ao referendo congressional⁴³.

A promoção da paz é ainda tratada na Constituição Federal como competência do Conselho de Defesa Nacional⁴⁴, órgão de consulta do Presidente da República em assuntos de segurança nacional, política externa e estratégia de defesa. Assim, conforme previsto no artigo 91§ 1º - *Compete ao Conselho de Defesa Nacional: I - opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, nos termos desta Constituição*⁴⁵.

Estabelecida como princípio constitucional brasileiro de observância obrigatória, a defesa da paz é assegurada internamente de acordo com os artigos 102, 105 e 109 da Constituição Federal. O artigo 102 trata das competências do Supremo Tribunal Federal, o qual, no papel de guardião da Constituição, deve processar e julgar, originariamente (...) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território. Cabe também ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário⁴⁶, as causas decididas em única ou última instância,

territorial ou a independência política de outro Estado, ou em qualquer outra forma incompatível com a Carta das Nações Unidas”. Bruno Simma, *The Charter of The United Nations, a commentary, second edition, volume 1*

43 J. A. da Silva, op. cit., p. 404.

44 A Lei Nº 8.183 - de 11 de abril de 1991 – D.O.U. de 12/04/1991 - alterada pela Medida Provisória nº 2216-37, de 2001 - dispõe sobre a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional, órgão criado em 29 de novembro de 1927 pelo Presidente Washington Luís.

45 Alterado pela Emenda constitucional n 23, de 2 de setembro de 1999.

46 Sobre os Recursos Extraordinários - Criação do Direito Constitucional brasileiro, inspirado no *Judiciary Act* do Direito norte-americano – prevalece os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior de que sua finalidade é manter, dentro do sistema federal e da descentralização do Poder Judiciário, a autoridade e a unidade da Constituição. Trata-se de um recurso excepcional, admissível apenas em hipóteses restritas, previstas na Constituição com o fito específico de tutelar a autoridade e aplicação da Carta Magna. Dessas características é que adveio a denominação de “recurso

quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Tal competência veio a ser recentemente indagada na reclamação (Rcl 10920) ajuizada pelo Governo do Paraguai contra decisões judiciais que beneficiaram o município de Foz do Iguaçu, no Paraná. Nesta ocasião o ministro Celso de Mello, ponderou que não há previsão no artigo 102, I, “e” da Constituição Federal quanto à competência para julgar o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e município brasileiro, mas somente contra a União, Estado, Distrito Federal ou território. Segundo o ministro Celso de Mello, no caso de disputa judicial entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e município brasileiro, a competência para julgar cabe à Justiça Federal de primeira instância, conforme estabelece o artigo 109, inciso II, da Constituição Federal. Ao lembrar jurisprudência da Corte, o ministro afirmou que “o Supremo Tribunal Federal tem advertido não se incluir, em sua competência, o poder para julgar, em sede originária, litígios que, envolvendo municípios, não se ajustarem à previsão constante do art. 102, I, ‘e’, da Constituição”.

De fato, segundo o artigo 109 da CF compete aos juízes federais processar e julgar: II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País; III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional⁴⁷; V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional,

extraordinário”, adotada inicialmente no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e, posteriormente, consagrado pelas diversas Constituições da República, a partir de 1934 (Curso de Direito Processual Civil, p.714).

47 No Processo AG 40971 SC 2009.04.00.040971-9, foi decidido o não recurso ao disposto no art. 109, III da Constituição Federal, pela aplicabilidade da “Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo” ou “Convenção Internacional para prevenção de poluição por Navios”. Neste caso argumentou-se que a causa não está fundada em Tratado da União. – Relator: Sérgio Renato Tejada Garcia.

quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.

Do mesmo modo sob a forma de recurso ordinário as causas em que são partes Estados estrangeiros ou organismos internacionais, de um lado e os Municípios ou pessoas residentes ou domiciliadas no Brasil, do outro, são de competência do Superior Tribunal de Justiça, conforme consagra o artigo 105 da Constituição. Neste sentido o art. 105 da CF determina que compete ao Superior Tribunal de Justiça⁴⁸:

II - julgar, em recurso ordinário:

as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência⁴⁹.

Deste modo conclui-se que a paz é, portanto, vislumbrada constitucionalmente e que agir de forma contrária à sua defesa implicaria em ato inconstitucional. Tal controle é garantido pelo poder judiciário que recebe da própria Constituição sua competência de agir e de indicar a inconstitucionalidade do ato.

48 No Processo AC 626 SP 2003.61.05.000626-7, verificou-se que: nas causas em que forem partes Estado estrangeiro e pessoa residente ou domiciliada no país, a competência revisora compete ao Superior Tribunal de Justiça, a teor do disposto no artigo 105, II, 'c' da Constituição Federal.

49 Importante ressaltar que a norma contrariada ou declarada revogada, pode ser material, processual ou inclusive regulamentar.

3.1.2 O RECONHECIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL POR MEIO DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

A Constituição Nacional da Republica Argentina estabelece em seu artigo 27 que: ‘o Governo Federal tem a obrigação de reforçar as suas relationships of peace and trade with foreign powers, by means of treaties in accordancerelações de paz e comércio com as potências estrangeiras, por meio de tratados que estejam de acordo with the principles of public law laid down by this Constituticom os princípios de direito público estabelecidos pela Constituição’. Em seu artigo 31 a Constituição sustenta que: ‘Section 31.- This Constitution, the laws of the Nation enacted by Congress inEsta Constituição, as leis da Nação aprovadas pelo Congresso e tratados com potências estrangeiras, é a lei suprema da Nação, ethe authorities of each province are bound thereby, notwithstanding any provision to the as autoridades de cada província estão obrigadas a se conformar a ela, não obstante qualquer disposição em contrary included in the provincial laws or constitutions, except for the province of Buecontrário incluindo as leis ou constituições provinciais, com exceção da província de BuenosAires, the treaties ratified after the Pact of November 11, 1859. Aires, para os tratados ratificados depois do Pacto de 11 de novembro de 1859. Segundo o artigo 75 (22): Compete ao Congresso: Aprovar ou rejeitar tratados concluídos com as demais Nações e com as organizações internacionais bem como as concordatas com a Santa Sé. Os tratados e concordatas têm hierarquia superior às leis. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Declaração Universal Declaration of Human Rights; the American Convention on Human Rigdos Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; the International Pact on Economic, Social and Cultural Rights; the o Pacto Internacional sobre, Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o International Pact on Civil and Political Rights and

its empowering *Protocolo Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo*; the *Convention on the Prevention and Punishment of Genocide*; the *Convenção sobre a Prevenção e repressão do Genocídio*, a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, *Discrimination*; the *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Woman*; the *Convention against Torture and other Discriminação contra a Mulher*, a *Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruel, Inhuman or Degrading Treatments or Punishments*; the *Convention on Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, a *Convenção sobre the Rights of the Child*; in the full force of their provisions, they have *Direitos da Criança*, no pleno vigor das suas disposições, têm *constitutional hierarchy*, do no repeal any section of the *First Part of the hierarquia constitucional*, não há revogação de qualquer seção da primeira parte da presente *Constitution and are to be understood as complementing the rights and Constituição e devem ser entendidos como complementar aos direitos e guarantees recognized herein*. *garantias nela reconhecidos*. They shall only be denounced, in such event, *Eles só podem ser denunciados*, em tal caso, *by the National Executive Power after the approval of two-thirds of all the Poder Executivo Nacional*, após a aprovação de dois terços da totalidade dos membros de cada câmara. Os demais tratados e convenções sobre direitos humanos quando aprovados pelo Congresso necessitam do voto de dois terços da totalidade dos membros de cada câmara para gozar de *hierarquia constitucional*. O reconhecimento do direito internacional pode igualmente ser observado no artigo 27, 42 e 133 da *Constituição dos Estados Unidos do México*, bem como nos artigos 5 e 54 da *Constituição da República do Chile*. De fato, os exemplos são inúmeros e a demonstração é evidente.

3.1.3 O RECONHECIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL POR VIA CONVENCIONAL

A existência e validade do direito internacional podem ser igualmente comprovadas pelo seu reconhecimento convencional como instrumento de garantia do próprio funcionamento das relações internacionais. Assim o preâmbulo da Carta das Nações Unidas estabelece que: ‘Nos povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, (...) e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla’. Em seu artigo 1 complementa que cabe as Nações Unidas: ‘Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz’. Em seu artigo 4 a Carta ainda faz referencia ao fato de que: ‘A admissão como Membro das Nações Unidas fica aberta a todos os Estados amantes da paz que aceitarem as obrigações contidas na presente Carta e que, a juízo da Organização, estiverem aptos e dispostos a cumprir tais obrigações. 2. A admissão de qualquer desses Estados como Membros das Nações Unidas será efetuada por decisão da Assembléia Geral, mediante recomendação do Conselho de Segurança’.

A referência ao direito internacional é uma constante e pode ser igualmente observada na principal jurisdição das Nações Unidas. Assim conforme o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: ‘A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: 1) as convenções internacionais,

quer sejam gerais, quer sejam especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; 2) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; 3) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; 4) sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito’.

3.1.4 O RECONHECIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL POR VIA JURISDICIONAL

A validade e existência do direito internacional são também demonstradas na perspectiva jurisdicional de sua atuação. Assim, observa-se que o efeito obrigatório e definitivo da sentença internacional contido no artigo 59, do Estatuto da C.I.J. exprime uma noção universalmente reconhecida como válida para toda sentença devidamente pronunciada⁵⁰. Tal realidade é confirmada pelo próprio pronunciamento da C.P.J.I. que no caso da *Sociedade Comercial da Bélgica*, sentença de 15 de junho de 1939, afirma que: “reconhecer a coisa julgada decorrente de uma sentença não significa outra coisa que reconhecer que as disposições da sentença são definitivas e obrigatórias.”⁵¹ E a Corte acrescenta ainda que: “se as sentenças são definitivas, é certo que o governo helênico é obrigado a executá-las, e executá-las tais como são”⁵² A natureza obrigatória e definitiva da sentença internacional é de tal forma evidente que a Corte reproduziu a mesma ideia em inúmeras circunstâncias como no

50 L. Condorelli, ‘L’autorité de la décision des juridictions internationales permanentes’, *La Jurisdiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, S.F.D.I., Pédone, Paris, 1987, p. 289.

51 C.P.J.I., *Série A/B. n° 78*, p. 175.

52 C.P.J.I., *Série A/B. n° 78*, p. 175.

caso *Wimbledon*⁵³, no caso da *Usina de Chorzow*⁵⁴, no caso *Haya de la Torre*⁵⁵, no caso *Barcelona Traction*⁵⁶, no caso da *Demanda de revisão e interpretação da sentença de 24 de fevereiro relativa ao caso da Plataforma Continental*⁵⁷, no caso da *Demanda de interpretação da sentença de 11 de junho de 1998 relativa ao caso da Fronteira terrestre e marítima entre os Camarões e a Nigéria*⁵⁸.

De fato, o artigo 59 do Estatuto da C.I.J. permite discussões paralelas a respeito da extensão e do alcance da natureza obrigatória da sentença à terceiros, mas ele estabelece expressamente o efeito obrigatório relativo as partes. O mesmo pode ser dito quanto aos artigos 60 e 61, do Estatuto da C.I.J.. Se por um lado, é possível conduzir um debate análogo a respeito do alcance da revisão e da interpretação da sentença da C.I.J., por outro, seu efeito definitivo e a imutabilidade da sentença parecem claramente assegurados. Aliás, ultrapassando os limites da C.I.J., como principal órgão judiciário das Nações Unidas, pode-se admitir o fato de que cada jurisdição internacional, que ela seja arbitral ou permanente, embora não tenha forçosamente necessidade de especificar os efeitos emanando de sua decisão jurisdicional⁵⁹ o reconhece, em geral, sob a forma definitiva e obrigatória. Conseqüentemente a validade do enunciado jurisdicional é um elemento constitutivo da própria jurisdição⁶⁰.

53 C.P.J.I., *Série A*, n°2, p. 32

54 C.P.J.I., *Série A*, n°17, p.29

55 C.I.J., *Rec. 1951*, p. 77

56 C.I.J. *Rec. 1964*, p.20

57 C.I.J., *Rec. 1985*, p. 223

58 C.I.J., *Rec. 1999*, §12.

59 S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1997, p. 1655-1656.

60 M. Virally, *La pensée juridique*, L.G.D.J., 2°ed, Paris, 1998, p.106.

Assim, embora a Convenção de Montego Bay de 1982 observe que apenas os julgamentos do Tribunal do Mar, relativos ao fundo marinho, se beneficiem expressamente da força executória, o artigo 39, do anexo VI da mesma Convenção sublinha que todos os seus julgamentos têm “força obrigatória e caráter definitivo”⁶¹ A Corte Europeia dos Direitos do Homem aceita a eventualidade de um reexame de sua sentença pela Grande Câmara. Entretanto, é claro que a sentença é de natureza definitiva e obrigatória.⁶² No seio do Tribunal administrativo do B.I.R.D. e do F.M.I., um processo interessante foi imaginado para reduzir o número de recursos redundantes: uma solução adotada pelo Tribunal é automaticamente estendida aos funcionários que se encontram numa situação idêntica a dos requerentes. O princípio da relatividade da coisa julgada é, portanto, contornado, mas o caráter definitivo e obrigatório da sentença permanece inalterado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito internacional não apenas se cria a partir da noção de soberania, que lhe é basilar, mas protege-a e garante seu exercício. O aparente problema levantado pela faculdade do Estado soberano de se desvincular da ordem jurídica internacional é imediatamente superado pela constatação de que o mesmo é possível na ordem interna. Há que se arguir, neste caso, que, no plano internacional, assim como no doméstico, o desrespeito às normas jurídicas não é suficiente para negar-lhes existência. De fato, a responsabilidade atrelada ao descumprimento de norma jurídica, verificada tanto no âmbito interno quanto no internacional, comprovam a capacidade do direito de se fazer vinculante.

61 Artigo 39 do anexo VI da Convenção de Montego Bay.

62 Artigo 43 da Convenção de Roma.

Nesse sentido, ressalta-se que a juridicidade da norma internacional deriva de sua natureza material e formal, e que os elementos de sanção e coerção se situam no plano da eficácia, e não da validade. A validade das normas jurídicas internacionais, portanto, prescinde de um sistema sancionatório centralizado, na medida em que este não passa de elemento de eficácia.

Mesmo superada esta discussão, demonstrou-se que a sanção internacional não é, de forma alguma, ausente. Sua manifestação no plano internacional segue um procedimento diverso daquele do direito interno, decorrente da ausência de autoridade central no plano sistêmico. Neste sentido, a sanção internacional encontra sua centralidade, hoje, no regime jurídico das Nações Unidas, responsável pela supressão da possibilidade de coerção inter-Estados e pela interdição do uso da força. Com efeito, admite-se mesmo o uso de força militar pelos órgãos do sistema das Nações Unidas para assegurar o respeito a estes princípios.

Além da sanção centralizada, o direito internacional, essencialmente fragmentário, admite formas descentralizadas de sanção. Neste sentido, o estabelecimento da Organização das Nações Unidas recepciona a possibilidade de coerção direta de um Estado sobre outro, desde que autorizada pelo Conselho de Segurança. Além desta possibilidade, o direito internacional tolera ainda a retorsão, as contra medidas e as represálias enquanto formas diretas de o Estado fazer valer seus direitos.

Não se pode, portanto, alegar razoavelmente que direito internacional seja desprovido de sanção, senão que o direito internacional conta com mecanismos próprios de monitoramento e sanção que, diversamente daqueles do direito interno, não asseguram direta eficácia normativa. Dada a influência que a agenda de cada Estado exerce sobre seus atos internacionais, torna-se imperativo o respeito à boa-fé para que a sociedade internacional possa reconhecer, de modo geral, a necessidade de cumprimento de comandos normativos e para que os Estados os

cumpram convencidos de que atendem a seus próprios interesses de dar à sociedade internacional um nível mínimo de organização.

Comprovada a normatividade do direito internacional, resta reconhecer as inúmeras evidências factuais de sua existência, presentes na história mundial desde os fundamentos do direito contemporâneo, que levaram à aceitação costumeira por parte dos Estados de uma regulamentação minimamente fundada no exercício interlimitado de suas soberanias. Paralelamente a esta constatação, impõe observar que a proteção jurídica à paz, embrião do direito internacional, já se verificava em constituições nacionais da Modernidade, inclusive no primeiro ordenamento constitucional brasileiro. Por fim, na presença inquestionável de tribunais internacionais amplamente reconhecidos e que recebem de seus membros o poder de prolatar sentenças vinculantes, tem-se a principal prova empírica da existência e da validade do direito internacional.

Posto, portanto, que o direito internacional é plenamente dotado de juridicidade, pois que instituído por mecanismos reconhecidamente aptos para produzir normas internacionais; que a sanção no direito internacional, ainda que diversa não é, absolutamente, inexistente ou ineficaz; e que a existência do direito internacional se evidencia na análise histórico-axiológica do direito contemporâneo, resta insustentável qualquer questionamento do caráter jurídico deste sistema normativo.

REFERÊNCIAS

ABI-SAAB, G. 'Cours général de droit international public'. *RCADI* VII, vol. 207, 1987, pp. 9-463.

AGO, R. 'Droit positif et droit international'. *A.F.D.I.*, 1957, pp. 14-62.

ALBUQUERQUE MELLO, C.D. DE. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, 704 p.

ANNACKER, C. ‘The Legal Regime of Erga Omnes Obligations in International Law’. *Austrian Journal of Public and International Law*, 1993, vol. 46, n°1, pp. 131-166.

BOYLE, A. “The Proliferation of International Jurisdictions and its Implications for the Court”. In BOWETT, D. W. e al. *The International Court of Justice: Process, Practice and Procedure*. London: B.I.I.C.L., 1997, p. 124-130.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A autoridade da coisa julgada no direito internacional público*. Forense, Rio de Janeiro, 2002.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça e A Construção do Direito Internacional*. Belo Horizonte, 2005.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Comentário à Carta das Nações Unidas*. Belo Horizonte, 2008.

BRIGAGÃO, Clóvis; Proença Jr., Domício. *Concertação Múltipla: a inserção internacional de segurança do Brasil*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 2002.

BRÓTONS, A. R. *Derecho Internacional*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
CORRÊA, Luiz Felipe de Seixas. *O Brasil nas Nações Unidas*. Brasília, 2007.

BROWNLIE, I. *Principles of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

CAMPOS, J.D.G.; RODRIGUEZ, L.I.S.; e SANTA MARIA, P.A.S. *Curso de Derecho Internacional Publico*. Madrid: Civitas, 1998.

CARREAU, D. *Droit international*. Paris: Pedone, 1997.

CHENG, B. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres: Stevens and Sons, 1953, 490 p.

CRAWFORD, J. “The International Court of Justice, Judicial Administration and the Rule of Law”. In BOWETT, D. W. e al. *The International Court of Justice: Process, Practice and Procedure*. London: B.I.I.C.L., 1997, p. 112-123.

DALLARI, Pedro. *Constituição e Relações Exteriores*. São Paulo, 1994.

DELBEZ, L. Les principes généraux du contentieux international. Paris: L.G.D.J., 1962, 339p.

FERRARI-BRAVO, L. 'International and Municipal Law'. The Complementarity of Legal Systems, The Structure and Process of International Law, R.St.J.MacDonald, D.M.Jonhston. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 715- 744.

H.A. Moulin, *La doctrine drago*, R.G.D.I.P., 1907.

HIGGINS, R. 'Fundamentals of international law'. Perspectives on international law, dedicated to Judge Manfred Lachs, Londres: Kluwer Law, 1995, pp. 3-22.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. Annuaire I.D.I. 1959, vol. 2, session de Neuchâtel.

J.P.A. François, '*La Cour permanente d'arbitrage*', R.C.A.D.I., 1935.

JENNINGS, (Sir) R.Y. 'General Course on Principles of International Law'. RCADI II, vol 121, 1967, pp. 323-606.

JIMENEZ DE ARÉCHAGA, E. Les amendements au Règlement de la C.I.J., Conférence commémorative Gilberto Amado. Genève: Nations Unies, 1972.

KELSEN, H. 'Théorie de droit international public'. RCADI III, vol. 84, 1953, pp. 1-201.

KELSEN, H. Principles of International Law. 2e éd, révisée, R.W., Tucker, Holt, Rhinhard et winston inc, 1966, 602 p.

L. Cavare, '*La notion de jurisdiction internationale*', A.F.D.I., 1956.

L'HUILLIER, J. Eléments de droit international public. Paris: éd Rousseau, 1950,432 p.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz De. *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*. Volume IX (1990-2000). Brasília, 2009.

MORELLI, G. 'Fonction et objet de l'intervention dans le procès international'. Mélanges Manfred Lachs, J.Makarczyk, La Haye: Nijhoff Publishers, 1984, pp. 403-408.

O'CONNELL, D.P. International Law. 2e éd, Londres: Stevens, 2 tomes, 1970, 595 et 599 p.

P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, L.G.D.J., Paris, 1999.

P. M. Dupuy, *Droit international public*, Ed Dalloz, Paris, 1995.

PELLET, Alain. "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making". in *The Australian Year Book of International Law*, vol. 12. [s.l.]: Australian National University, 1992.

PÉTREN, B. A. S. "Some Thoughts on the Future of the International Court of Justice". In *N.Y.I.L.*, n° 6, 1975, p. 59-62.

QUADRI, R. 'Cours général de droit international public'. RCADI III, vol. 113, 1964, pp. 237-483.

R. Higgins, *The legal limits to the use of force by sovereign states*. U.N. Practice, 1961.

RANDELZHOFFER. Article 2(4), In: *The Charter of the United Nations – A comentary*. 2^a ed., New York: Oxford University Press Inc., 2002.

REZEK, José Francisco. Princípios Fundamentais. In: *A Constituição brasileira – 1988: Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

REZEK, J. F. 'Sur le fondement du droit des gens'. *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewsk*, La Haye: Klumer, 1996, pp. 269-274.

REZEK, J. F. *Direito Internacional Público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIALS, S. 'La puissance étatique et le droit dans l'ordre international. Eléments d'une critique de la notion usuelle de la souveraineté externe'. *Archives de Philosophie du droit*, T. 32, Paris: Sirey, 1987, pp. 189-218.

RIDEAU, J. Droit Institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes. Paris: L.G.D.J., 1999.

ROUSSEAU, C. 'Le droit international et l'idée de justice'. Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally, Paris: Pedone, 1991, pp. 399-403.

ROUSSEAU, C. "Chronique des faits internationaux". In R.G.D.I.P., 1968, n° 4, p. 1121 e ss.

SHAW, M.N. International Law. Cambridge: Grotius Publications, 1997, 939 p.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, 6ª Ed. 2009.

SIMMA, B. 'From Bilateralism to Community Interest in International Law'. RCADI VI, vol. 250, 1994, pp. 217-384.

SOHN, L.B. 'The Future of Dispute Settlement'. The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory, La Haye: Martinus Nijhoff Publishers, 1983, pp. 1121-1146.

SPERDUTI, G. 'L'intervention de l'Etat tiers dans le procès international: une nouvelle orientation'. A.F.D.I., 1986, pp. 286-293.

TRIEPEL, H. Droit international et droit interne. Traduit par R. Brunet, Paris: Pedone, 1920;

TRINDADE, A. A. C. El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana De Derechos Humanos (2000): La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. In Informes, apresentados pelo autor à Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos do Conselho Permanente da O.E.A., nos dias 09 de março e 05 de abril de 2001.

TUNKIN, G. Theory of International Law. Cambridge: Harvard University Press, 1974.

VIRALLY, M. 'Le champ opératoire du règlement judiciaire international'. R.G.D.I.P., vol. 87, 1983, pp. 281-314.

VIRALLY, M. 'Le Droit international en question'. Le Droit international en devenir, essais écrits au fil des ans, Paris: P.U.F, 1990, pp. 13-30.

VIRALLY, M. 'Le phénomène juridique'. R.D.P., 1966, pp. 5-64.

VIRALLY, M. 'Panorama du droit international contemporain'. RCADI V, vol 183, 1983, pp. 9-382.

VIRALLY, M. 'Sur la notion d'accord'. Le droit international en devenir, essais écrits au fil des ans, Paris: P.U.F, 1990, pp. 135-145.

WEIL, P. 'Vers une normativité relative en droit international ?' R.G.D.I.P., 1982, pp. 5-47.

WITENBERG, J.C. L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationale. Paris: Pedone, 1937.

ZOLLER, E. La bonne foi en droit international public. Paris: Pedone, 1977, 392 p.

Recebido em 10/12/2012.

Aprovado em 05/03/2013.

